

**CUPO LABORAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD
UN ANÁLISIS DE LA INTERPRETACIÓN REALIZADA POR EL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTICIA DE CÓRDOBA**

**JOB QUOTA FOR PEOPLE WITH DISABILITIES
AN ANALYSIS OF THE INTERPRETATION MADE BY THE SUPERIOR
COURT OF JUSTICE OF CÓRDOBA**

Paula Gastaldi^{1 2}

Resumen: En 2019 el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (TSJ) ha resuelto acerca del Cupo Laboral Personas con Discapacidad (art. 2, Ley N° 5624, modificada por la Ley N° 8834) sobre la base de un recurso de apelación formulado por la parte demandada (EPEC) contra la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo promovida por la actora, una persona con discapacidad que pretende ser contratada por la EPEC. El TSJ ha resuelto, por unanimidad y en forma conjunta, hacer lugar en forma parcial al recurso de apelación planteado, ordenando se revoque la misma en tanto resolvió que se incorporara al actor en la planta permanente de la empresa por cupo de discapacidad laboral. Sin embargo, el TSJ sostuvo que, en el plazo de un año desde la sentencia, EPEC debe reglamentar e implementar un mecanismo de selección, en cumplimiento del cupo laboral por discapacidad fijado por la Ley 5.624. En este artículo propongo reconstruir el razonamiento del tribunal desde una concepción de la interpretación de Dworkin, indagando el alcance y sentido del principio de igualdad arrojada por el tribunal y su aplicación en materia de discapacidad.

Abstract: In 2019 the Superior Court of Justice of Córdoba (TSJ) ruled on the Labor Quota for Persons with Disabilities (art. 2, Law N° 5.624, modified by Law N° 8.834) on the basis of an appeal filed by the defendant (EPEC) against the sentence that gave rise to the protective action brought by the plaintiff, a person with a disability who intends to be hired by the EPEC. The TSJ has unanimously and jointly resolved to partially accept the appeal, ordering it to be revoked while ordering that the actor be incorporated into the permanent staff of the company due to a job disability quota. However, the Supreme Court held that, within one year from the ruling, EPEC must regulate and implement a selection mechanism, in compliance with the work quota for disability established by Law 5624. In this article I propose to reconstruct the reasoning of the court from a conception of the interpretation of

Artículo recibido el 7/6/2021 – aprobado para su publicación el 2/11/2021.

¹ Agradezco a Paula Gaido y Federico Arena, directores del grupo de investigación “Interpretación Jurídica” (CIJS - UNC) y mis compañeros y compañeras de grupo Cecilia Ferniot, Magdalena Inés Álvarez, Cecilia Mateos, Juan Pablo Rodas, Ianina Moretti quienes han aportado a la consolidación de este artículo. Especialmente a Samanta Funes, quien generosamente me ha hecho conocer el fallo aquí analizado. Finalmente, agradezco los comentarios efectuados por Laura Clérico, quien – en oportunidad de un seminario debate – me ha ofrecido una pertinente y constructiva devolución sobre el artículo aquí presentado.

² Abogada (UCC). Magister en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante. Doctoranda en Derecho por la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Proyecto doctoral Titulado “Protección integral a personas con discapacidad: un abordaje conceptual, filosófico político y jurídico de los derechos de personas con discapacidad en Argentina”.

Dworkin, investigating the scope and meaning of the principle of equality thrown by the court and its application in the matter of disability.

Palabras clave: discapacidad, cupo laboral, principio de igualdad.

Keywords: disability, job quota, principle of equality.

1. Introducción

En los autos “D., A. H. C/ EMPRESA PROVINCIAL DE ENERGÍA DE CÓRDOBA – EPEC - AMPARO -RECURSO DE APELACIÓN” (Expte. 2488520), el 12 de abril 2019 en pleno el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (en adelante, TSJ) ha resuelto acerca del Cupo Laboral Personas con Discapacidad (art. 2, Ley N° 5624, modificada por la Ley N° 8834) sobre la base de un recurso de apelación formulado por la parte demandada, Empresa Provincial de Energía de Córdoba (en adelante, EPEC), contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de Primera Nominación de la ciudad de Río Cuarto, en tanto hizo lugar a la acción de amparo promovida por la actora, una persona con discapacidad que pretende ser contratada por EPEC.

De esta manera, por unanimidad y en forma conjunta los Dres. María Marta Cáceres de Bollati, Domingo Juan Sesin, Aída Lucía Teresa Tarditti, Luis Enrique Rubio, María de las Mercedes Blanc de Arabel, Sebastián Cruz López Peña y Alcides Segundo Ferreyra, resolvieron hacer lugar, en forma parcial, al recurso de apelación planteado por EPEC, ordenando se revoque la misma en tanto ordenaba que se incorporara al actor en la planta permanente de la empresa por cupo de discapacidad laboral. Sin embargo, el TSJ sostuvo que, en el plazo de un año desde la sentencia, EPEC debe reglamentar e implementar un mecanismo de selección, en cumplimiento del cupo laboral por discapacidad fijado por la Ley 5624.

A los efectos del análisis presentaré lo sostenido por el TSJ en torno a dos cuestiones: la primera, si el amparo incoado por la actora (persona con discapacidad) es procedente; la segunda, si el recurso de apelación planteado por la demandada debe proceder. Indagaré qué argumentos ha ofrecido el tribunal para, finalmente, dar por procedente el amparo, pero también hacer lugar parcialmente al recurso de la demandada. En este sentido, la sentencia aquí analizada ofrece una solución respecto al cupo de discapacidad que es, al menos, discutible.

Sin embargo, para poder sostener dicha afirmación será necesario comenzar por presentar los derechos de las personas con discapacidad, una noción acerca de la construcción del concepto de discapacidad y el alcance del modelo social imperante en Argentina.

Luego, en este artículo propongo reconstruir el razonamiento del tribunal desde una concepción de la interpretación, a saber, la de Dworkin (1986). Según la concepción dworkineana, el derecho aspira a lograr el valor de la integridad. Una de las formas en que ese valor instaura es en que jueces y juezas interpretan los conceptos fundamentales de nuestra constitución a partir de la concepción moral que los muestra en su mejor luz, y que encaja en nuestra práctica jurídica (constituida por todo el material autoritativo existente hasta el momento de la sentencia a emitir). Apelaremos a la noción de la novela en cadena a los fines de vislumbrar cómo deben proceder nuestras prácticas judiciales según el autor.

Asumiendo esta perspectiva es posible afirmar que la sentencia bajo análisis realiza una lectura moral del principio de igualdad a los efectos de negar que el Sr. D pueda

“beneficiarse injustamente” del amparo incoado y, por tanto, disponer de un puesto de trabajo en EPEC. Veremos el alcance y sentido otorgado al principio de igualdad por el TSJ, adelantando que el razonamiento del tribunal dista de estar suficientemente justificado.

Por último, propongo un abordaje del principio de igualdad en materia de discapacidad, con una aplicación específica respecto a cómo justificar acciones positivas como es el cupo laboral. Todo ello para, hacia el final de este artículo, presentar una defensa de la necesidad del cumplimiento del cupo laboral existente en la normativa provincial de Córdoba.

2. Los derechos de personas con discapacidad. Cupo laboral.

El Modelo Social de la Discapacidad ha sido consagrado por la Convención de Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD) aprobada por Argentina a través de la Ley 26.378 en junio 6 de 2008 y dotada de jerarquía constitucional por Ley 27.044, sancionada en noviembre 19 de 2014. Dicho modelo conceptualiza a la discapacidad desde una óptica médico – social³, entendiendo a ésta como una combinación entre factores médicos en interacción con el entorno social. Su artículo primero reza:

Las personas con discapacidad incluyen a aquéllas que tengan **deficiencias** físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás⁴.

Así este modelo tiene como rasgo conceptualmente relevante y distintivo hacer foco en las deficiencias en la salud que la discapacidad acarrea en combinación con una especial interacción entre estas y la sociedad en la cual la persona se desarrolla. Desde esta perspectiva, la manera en la cual se *identifica* la discapacidad tiene estrecha relación con la consideración acerca de cómo las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo son condicionadas por el entorno y, por tanto, el dato acerca de la interacción es el rasgo característico (Gastaldi, 2020).

³ Es posible distinguir cuatro propuestas sobre cómo teorizar la discapacidad, a saber: a) el modelo de prescindencia, b) el modelo rehabilitador, también denominado modelo médico; c) el modelo social (Palacios, 2008) y d) el modelo de la diversidad funcional. Estas propuestas podrían ser consideradas como concepciones desde el punto de vista de la epistemología dworkineana, ya que cada concepción tiene como función epistémica seleccionar aquellos rasgos del concepto “discapacidad” que, de acuerdo a la estructura de la teoría, se consideran conceptualmente relevantes. Ahora bien, aunque cada modelo o concepción identifica los rasgos relevantes y distintivos de la categoría discapacidad, considero que existen diversas ópticas de conceptualización de la discapacidad, es decir, a la hora dar con el concepto de discapacidad podemos abordarlo desde distintas ópticas que permiten identificar y asociar algún rasgo definitorio a la hora de construir la categoría discapacidad. La primera óptica (O1) es médica en donde la definición misma de la categoría discapacidad radica en cierta enfermedad prolongada y perdurable en la salud. La segunda óptica es médico-social (O2), utilizada por el modelo social de la discapacidad. Esta óptica pone especial atención al entorno social en tanto que condiciona y pone barreras a personas con discapacidad. La tercera óptica es social (O3). La definición de discapacidad, en este caso, depende exclusivamente de una construcción social de qué se considera disvalioso y, por tanto, es menospreciado. El presente análisis excede la posibilidad de profundizar acerca de las distintas ópticas de conceptualización a la discapacidad. Sin embargo, resalto que el TSJ intentará hacer valer el modelo social de la discapacidad, priorizando una óptica médico-social de la misma. Veremos cuál es el razonamiento efectuado por el tribunal sobre la base de esta concepción y la pertinencia filosófico-política en torno a ella.

⁴ El resaltado me pertenece.

Por su parte, y en consonancia con la CPDD, la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) entiende a la *discapacidad* como:

Un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales. Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive.⁵

Como vemos, entiende por deficiencia a los *problemas que afectan a una estructura o función corporal*. Es decir, las deficiencias, ya sean físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que se presentan en el organismo a largo plazo, es el rasgo médico. A su vez la interacción con el entorno puede presentar las siguientes manifestaciones: por un lado, limitaciones de la actividad, entendidas como dificultades para ejecutar acciones o tareas; por el otro lado, restricciones de la participación, entendidas como problemas para participar en situaciones vitales. Aquí reposa el rasgo social que este modelo destaca.

Ahora bien, en nuestro sistema jurídico la CDPD cuenta con jerarquía constitucional y por tanto la normativa inferior debe estar en consonancia con ella. Existen múltiples leyes protectoras de las personas con discapacidad. Contamos, por ejemplo, con la ley de Sistema de Protección Integral de Personas con discapacidad (Ley 22.431), la cual fue sancionada y promulgada el 16 de marzo de 1981.⁶ Tal como lo anuncia su artículo primero, cuenta con el objetivo primordial de otorgar a las personas con discapacidad una *atención integral*, “contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos” (Art. 1). Por su parte, el artículo 8 sostiene que el Estado Nacional y sus distintos organismos tienen el deber de contratar a personas con discapacidad, aclarando que deben ser idóneas para el cargo. Para ello refiere que un porcentaje del cuatro por ciento (4%) de la totalidad de los cargos deberá ser ocupado por las mismas. Dicha tarea debe ser autorizada y fiscalizada por el Ministerio de Trabajo.

Por otra parte, también contamos con la Ley de Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad -Ley Nacional N° 24.901-, sancionada el 5 de noviembre y promulgada el 2 de diciembre de 1997.

En cuanto a la normativa específicamente cordobesa, la Constitución de la Provincia de Córdoba en su artículo 27 consagra:

“**Los discapacitados** tienen derecho a obtener la protección integral del Estado que abarque la prevención, asistencia, rehabilitación, educación, capacitación, inserción en la vida social, y a la promoción de políticas tendientes a la toma de conciencia de la sociedad respecto de los deberes de la solidaridad”.⁷

⁵ Recuperado de <http://www.who.int/topics/disabilities/es>

⁶ Se trata de una ley del periodo de facto de nuestra historia y, por tanto, cabría hacer una consideración respecto de la validez de dicha norma. De hecho, dicha ley se encuentra firmada por el militar Jorge R. Videla. Sin embargo, indagar respecto a la validez de esta normativa excede las posibilidades de este artículo.

⁷ El resaltado me pertenece y radica en la necesidad de descartar el uso de este término por parte de la legislación y sentencias. La utilización del término “discapacitado” implica, desde el vamos, asumir una concepción inadecuada del abordaje de la cuestión, en cuanto ese término trata la situación de discapacidad como una identidad de la persona. “*Juan tiene una discapacidad. No es discapacitado*”. No estoy diciendo

Por último, se encuentra la ley Provincial N° 8811⁸, aprobatoria del Convenio Básico para Personas con discapacidad, decreto N° 1297/99.

Ahora bien, a nivel nacional la llave de acceso a los derechos de personas con discapacidad es el Certificado Único de Discapacidad (en adelante, CUD) consagrado por la Ley 25.504, sancionada el 14 de noviembre de 2001 y promulgada el 12 de diciembre del mismo año. La misma encarga al Ministerio de Salud la certificación de la discapacidad, del grado y la naturaleza de la misma y las posibilidades de rehabilitación. A su vez, éste certificado constituye la principal – si no la única- prueba de la discapacidad.

Para la emisión del CUD, y sobre la base de la CDDP, se tiene en cuenta la *secuela* que acarrea la discapacidad. Sin embargo, es preciso detenerse a indagar cómo se contempla dicha secuela y en qué casos procede la emisión del CUD. Secuela, en su sentido etimológico, proviene del latín “sequela” que refiere a aquello que sigue a algo. En este sentido, entendemos a secuela como el resultado que conlleva un hecho determinado. Desde el modelo social la definición misma de discapacidad se basa en una relación dada entre cierta deficiencia en la salud y el *entorno*⁹ social en el que la persona se desarrolla. Esta óptica pone especial atención en el entorno ya que condiciona y pone barreras a personas con discapacidad. La secuela no es la expresión misma de la deficiencia, sino que es la desventaja asociada a dicha deficiencia en la salud, en tanto impedimento de funcionalidad que acarrea la discapacidad.

En el presente caso, la persona con discapacidad cuenta con CUD y solicita la incorporación a planta permanente de EPEC, con fundamento en la ley nacional 22.431 (artículo 8°) y la ley provincial 5.624 (artículo 2°), las cuales imponen la obligación a empresas del Estado a incorporar a la planta efectiva de personal permanente un porcentaje de personas con discapacidad, cuatro (4%) en la Nación y cinco por ciento (5%) en la provincia, respectivamente. Sin embargo, ante la negatoria de EPEC de incorporarlo a planta permanente de la empresa, la actora interpone acción de amparo luego de agotada la vía administrativa.

3. Los hechos de la causa y el recorrido procesal

Una persona con discapacidad (Sr. D) interpone acción de amparo ante la Cámara Civil, Comercial y Contencioso Administrativa de Primera Nominación, Río Cuarto de la Provincia de Córdoba, contra EPEC solicitando se lo incorpore como personal de la planta permanente en la delegación de Río Cuarto. Tal como surge del relato de los hechos de

que la resolución del problema pase sólo por una cuestión de uso de las palabras ni que las personas que utilizan el término “discapacitado” estén necesariamente adoptando una actitud discriminatoria. Todo lo que sostengo es que, ante la obviedad de que el lenguaje que utilizamos moldea nuestra forma de concebir y pensar la realidad, cierto tipo de lenguaje favorece ciertos estados de cosas que otro tipo de lenguaje desfavorece. En este sentido, Pantano sostiene que, más allá de cada tipo de discapacidad (de ver, oír, comunicarse, caminar, moverse, etc.), del momento y del tiempo de adquisición (innata o adquirida; reciente o de toda la vida) u otras particularidades, aludimos a “personas” ya que configura la posibilidad de que sean tratadas como sujetos de derechos y obligaciones. Entonces, “por más que desconozcamos estas características, tal apreciación alude holísticamente al individuo” (Pantano, 2001:107).

⁸ La ley provincial 8.811/ 1999: Convenio entre el gobierno de la Provincia de Córdoba, Directorio de prestaciones básicas para personas con discapacidad y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para la creación del sistema único de prestaciones básicas para personas con discapacidad.

⁹ Por entorno entiendo hábitos (de insolidaridad, por ejemplo), prácticas, instituciones, normas, costumbres, discursos. En este sentido, engloba la noción de *interacción*.

la sentencia de Cámara¹⁰, el actor sostiene que en el año 1990 fue diagnosticado de una enfermedad que le provocó innumerables trastornos cuyas *secuelas* fueran consideradas a fin de otorgarle certificado de discapacidad, actualmente vigente.

En octubre 2013 requiere su incorporación a EPEC sobre la base del cupo de discapacidad vigente en nuestro ordenamiento jurídico. Manifiesta haber cursado notas solicitando información sobre el cumplimiento del cupo de ingreso a planta permanente, sin respuesta favorable. A su vez, relata el actor que, en función de la sugerencia que allí le hicieron, envió su currículum vía e-mail el 2 de octubre de 2013.

Luego, el 18 de noviembre de 2013 vuelve a requerir información respecto del cupo laboral, sobre la base de la ley provincial 8.803 de Acceso a la Información Pública, sin obtener respuesta por parte de EPEC. El 28 de octubre de 2014 recibe una notificación solicitando que se presente a Recursos Humanos de la empresa (área de ingresos). En dicha cita se le practicaron los exámenes médicos necesarios para el ingreso de personal. Sin embargo, nunca fue llamado a integrar la planta. Por ello es que el 20 de marzo de 2015 intimó por carta documento a EPEC para que informe qué han decidido respecto a su ingreso. EPEC respondió por el mismo medio que el Sr. D. “no se encontraba apto para desempeñar eficazmente el puesto a cubrir”. En julio de 2015 la actora interpuso recurso de reconsideración y jerárquico en subsidio y, ante el silencio de la empresa, el 22 de septiembre de 2015 quedó agotada la vía administrativa y expedita la acción de amparo que finalmente interpuso.

El Sr. D presenta un amparo y la respuesta de EPEC fue solicitar el rechazo de la acción por considerar que la vía es inadmisibile. Asimismo, presentó el informe previsto en el artículo 8° de la ley 4.915. Todo ello, sin expedirse respecto a la cuestión de fondo solicitada por la parte actora.

Finalmente, la Cámara resolvió admitir la acción de amparo y hacer lugar al reclamo ordenando a la empresa incorporar al actor en su planta permanente por “cupos de discapacidad”, respetando los términos de la ley 5.624 y mod. (Artículo 2) en un plazo de diez días de quedar firme el pronunciamiento.

Contra dicha sentencia, la demandada interpone recurso de apelación que resuelve el TSJ de Córdoba.

4. Cuestiones a resolver por el TSJ

4.1 La procedencia del amparo

Al interponer el recurso, la demandada sostuvo que la Cámara resolvió la admisibilidad del amparo incoado por la actora, pese a haber reconocido la “posibilidad que le cabía al Dr. D. de iniciar la acción contencioso administrativa” (f. 178). Argumentó que dicha admisibilidad es infundada ya que esa vía no es idónea y sólo ha procedido por la sola circunstancia de que el Sr. D. tiene una discapacidad. Alega que la situación invocada por el demandante exigía un mayor debate o prueba suficiente por medio de una acción contencioso-administrativa para no ordinarizar el proceso de amparo. Por su parte, suma que, siendo que la acción fue interpuesta el 6 de octubre de 2015, ello deja en evidencia que no existe la urgencia que requiere el amparo. Además, el actor no ha probado que exista peligro en la salud o la posibilidad de un mal inminente, ni que a este le falte trabajo

¹⁰ Cámara Civil, Comercial y Contencioso Administrativa de Primera Nominación - Río Cuarto - Provincia de Córdoba. Fecha 19 de septiembre de 2017 “Diez, Alfredo Hugo c. Empresa Provincial de Energía de Córdoba - EPEC – Amparo”.

o que sus derechos se encuentren conculcados. De esta manera, alega que no existe motivación para la acción de amparo porque no se ha demostrado arbitrariedad o ilegalidad en el accionar de EPEC.

Sobre este primer agravio relativo a la supuesta inadmisibilidad de la vía procesal intentada por el actor, el TSJ sostuvo que no le asiste razón a la parte recurrente. Ello, ya que – tal como se ha relatado supra - desde septiembre de 2013 el actor inició el trámite administrativo correspondiente y la vía administrativa ha quedado agotada. Así, este pleito se extendió durante más de dos años y, sobre la base de los propios dichos de EPEC, los reclamos del Sr. D han sido reiterados y la demandada no ha dado respuesta adecuada a cuál es el mecanismo para dar cumplimiento al mandato legal respecto al cupo laboral. Lo único que sí informó es que, en febrero de 2014, había “4 empleados ingresados bajo la Ley provincial N° 5.624 (y su modificatoria 8.834)” (f. 56).

Por su parte, el TSJ argumentó que, aunque el ordenamiento procesal prevé diferentes vías para encauzar la defensa de las pretensiones jurídicas que pudieran invocarse, la tutela judicial efectiva exige que se tenga especial consideración por su situación de discapacidad, rechazando así el argumento de la supuesta ausencia de peligro en la demora. En este sentido, el TSJ consideró la plausibilidad que ha asumido el amparo en las particulares condiciones de esta causa. Rechaza, a su vez, el argumento esbozado por EPEC en tanto que el actor no ha probado que exista falta de trabajo, o falta de salud, o la posibilidad de un mal inminente que conculque sus derechos.

De esta manera, la interpretación esbozada por el TSJ respecto a la procedencia de la vía de amparo en estos casos es la siguiente: en materia de amparo, la ilegalidad o la arbitrariedad denunciadas deben ser tales que, en forma actual o inminente, restrinjan, alteren, amenacen o lesionen derechos o garantías consagradas en la Constitución o por el bloque de constitucionalidad y convencionalidad (Artículo 43 CN); desde un plano cualitativo el “arco protectorio” de la vía va desde la amenaza hasta la lesión, teniendo en cuenta las restricciones y alteraciones ilegales o arbitrarias a dichos derechos.

En este caso, el Tribunal entiende que el accionar de EPEC es una restricción de aquello que garantiza la Ley 5.624 (art. 2) y el propio Convenio Colectivo de Trabajo (provincial) N° 165/75 (art. 4, inc. e), que rige como estatuto para el personal de la empresa y, siendo que ésta no ha explicitado cómo da cumplimiento al cupo laboral por discapacidad, en dicha actitud reposa la arbitrariedad o ilegalidad que se le atribuye.

En este sentido, aquí el TSJ muestra un *criterio amplio* respecto a la procedencia de la acción de amparo e instaura un criterio flexible a la hora de interpretar requisitos para la procedencia del mismo.

En conclusión, el precedente que establece el TSJ en materia de amparo podría ser expresado en la siguiente regla: toda vez que se restrinjan, alteren, amenacen o lesionen derechos o garantías consagradas en la Constitución Nacional, provincial, leyes, de manera manifiestamente ilegal o arbitraria sin que exista otra vía más idónea, debe considerarse al amparo como la vía idónea. Asimismo, una regla de interpretación que se deriva de lo anterior sería “las normas procesales no deben interpretarse de manera rígida en pos de desechar el amparo como vía idónea”.

4.2 Procedencia del recurso incoado por EPEC

En la expresión de agravios del recurso incoado, la demandada entiende que existe una contradicción en sostener que la base del reclamo sean los derechos al trabajo y a la salud

de la actora, supuestamente conculcados por EPEC, ya que de la propia historia del actor surge que es abogado y procurador e, incluso, que ha tenido otras ocupaciones y funciones, como juez de Paz, profesor adscripto o dependiente de la Secretaría General de la Presidencia de la Nación. Así, la demandada considera que la minusvalía o la “*dolencia invisible*”, como la define el propio actor, no le ha impedido desarrollar tareas y llevar una vida laboral sustentable. En definitiva, la discapacidad que alega el actor no le ocasiona desventajas para su integración social, laboral y familiar, o para su educación, en los términos de la Ley 22.431.

A todo ello le suma que la ley invocada por el actor carece de reglamentación, dado que el artículo 1 de la Ley N° 5624, al detallar las dolencias de las personas comprendidas (ciegos, amblíopes, sordos, sordo-mudos, paralíticos, espásticos e inválidos), no incluye la patología que reviste el Sr. D., quien, según sus propios dichos, tampoco tiene las facultades físicas y psíquicas disminuidas. De esta manera, las disposiciones de la Ley N° 5624, según la demandada, son de imposible cumplimiento y, mientras no se dicte la correspondiente reglamentación, sus previsiones quedan abstractas y no posibilitan su adaptación a la realidad.

Sobre el fondo de la cuestión, el TSJ acogió parcialmente el recurso interpuesto. Sin embargo, lo hizo sin seguir la línea argumentativa de la demandada. Por el contrario, descartó el argumento acerca de que el actor cuenta con una posibilidad de una vida laboral sustentable, así como también descartó que la falta de reglamentación de la ley haga que la dolencia del Sr. D no quede comprendida en la Ley N° 5624.

La conclusión esbozada por el TSJ puede resumirse en que “el cupo por discapacidad no es privativo de una persona en particular”, es decir, el Sr. D no contaría con un derecho subjetivo que obligue a la EPEC a formalizar con él algún tipo de relación laboral.

Ha sostenido al respecto:

El cupo no es privativo de una persona en particular, sino que está reservado, en pie de igualdad, para quienes se encontraran en situación de discapacidad, como forma de integrarlos “*en la vida social*”, tal como exige el mandato constitucional (CP, art. 27), y en atención a la especial conexión que media entre los derechos a la salud y al trabajo que se advierte cuando se trata de personas especialmente vulnerables.

Por su parte, y remitiéndose a un argumento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), sostuvo: “Todo ello significa que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión (...) por la vía judicial”.¹¹

Ahora bien, como analizaremos en el apartado siguiente, el TSJ remite a una sentencia de la CSJN en pos de argumentar que los derechos invocados por la parte actora no gozan de operatividad directa. Sin embargo, en dicho antecedente, la CSJN sí hace lugar al pedido de vivienda a una persona con discapacidad.

Para sostener la no operatividad *directa* de estos derechos, el TSJ se remite a dos antecedentes de la CSJN. El primero "Recurso de hecho deducido por S. Y. Q. C. por sí y en representación de su hijo menor J. H. Q. C. en la causa Q. C., S. Y. e/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo," con fecha 12 de abril de 2012, lo utiliza para

¹¹ CSJN, Fallos, 335:452 (considerando n.º 11 del voto de la mayoría). "Recurso de hecho deducido por S. Y. Q. C. por sí y en representación de su hijo menor J. H. Q. C. en la causa Q. C., S. Y. e/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo" con fecha 12 de abril de 2012. Recuperado de <http://sjconsulta.csjn.gov.ar>.

sostener que, en caso de proceder el pedido de la actora, se estaría sosteniendo que la misma goza de un derecho subjetivo a la designación inmediata y que esa solución es inequitativa y discriminatoria respecto de las otras personas alcanzadas por alguna discapacidad. Sin embargo, el TSJ entendió que, aunque el Sr. D no cuenta con un derecho subjetivo de asignación inmediata a planta permanente, de todas maneras, EPEC debe garantizar la forma de asegurar el cupo laboral por discapacidad a toda la categoría de personas a la que refiere la Ley n.º 5624. Es posible, entonces, sostener que el TSJ se expide más allá de lo que el demandado y la actora han peticionado y planteado.

El segundo, el fallo de la CSJN, “Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros” con fecha 7 de julio de 1992, sosteniendo que las disposiciones como las contenidas en el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional (CN) (acciones positivas referidas a las personas con discapacidad, por ejemplo), “no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad”¹².

En conclusión, sobre esta segunda cuestión, el TSJ hizo lugar en forma parcial al recurso de apelación planteando, mostrando una tendencia *restrictiva* de cómo debe interpretarse el derecho de la persona con discapacidad respecto al cupo laboral. Es decir, con la referencia al antecedente Ekmekdjian se insiste en que el Sr. D no cuenta con un derecho subjetivo, pero se consagra la necesidad de operativizar las acciones positivas. Por todo lo dicho, EPEC deberá llamar a concurso para cubrir las vacantes del cupo por discapacidad hasta llegar a completar el 5% ordenado por ley.

Así, la regla que se desprende del razonamiento del TSJ sería: el cupo laboral no debe ser considerado como un derecho subjetivo, por lo tanto, no debe adjudicarse de manera directa un puesto de trabajo a una persona con discapacidad.

En el siguiente apartado mostraré a qué me refiero al sostener que dicho criterio es restrictivo.

5. Análisis de la resolución del Tribunal

Tal como adelanté, el TSJ, por unanimidad y en forma conjunta, resolvió hacer lugar en forma parcial al recurso de apelación planteado por la EPEC, indicando que, en el plazo de un año, la demandada debe reglamentar e implementar un mecanismo de selección en cumplimiento del cupo laboral por discapacidad. Analizaré lo sostenido por el TSJ en dos partes, a saber: la procedencia del amparo, por un lado; la procedencia del recurso de EPEC, por el otro.

5.1. La procedencia del amparo

Respecto a la primera cuestión resuelta por el tribunal, el razonamiento efectuado muestra un *criterio amplio* respecto a la idoneidad de la vía de amparo e instaura un criterio flexible a la hora de interpretar requisitos para la procedencia del mismo. Así, la regla que se desprende de este criterio sería la siguiente: toda vez que se restrinjan, alteren, amenacen o lesionen derechos o garantías consagradas en la Constitución Nacional debe considerarse al amparo como la vía idónea.

Veamos: el argumento de la recurrente es sostener que la vía era contencioso – administrativa porque, de lo contrario, se *ordinariza* el amparo. Ello, por cuanto, alegó que se requerían más pruebas acerca de la situación de la actora. A su vez, sostuvo que

¹² CSJN, Fallos, 315:1492. “Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros”. Fecha 7 de julio de 1992. Recuperado de <http://sjconsulta.csjn.gov.ar>

no había peligro en la demora y que EPEC no había conculcado de manera arbitraria e ilegal ningún derecho de la persona con discapacidad, ya que la misma tiene garantizada su salud y su trabajo. Todo ello, fue descartado por el TSJ. En este sentido, el criterio amplio utilizado por el Tribunal radica en sostener que el arco protectorio del amparo va desde una amenaza hasta la lesión del derecho y que la mera actitud de no responder cuál es el mecanismo que se implementa para cumplir con el cupo ya muestra una arbitrariedad por parte de EPEC. A su vez, la flexibilización radica en sostener que, cuando está en juego un derecho de raigambre constitucional, la tutela judicial efectiva requiere que se dé curso a la vía incoada. Aunque la vía contenciosa – administrativa cuenta con sustento procesal, el amparo es una vía más expedita, acorde a los derechos en juego.

5.2. La procedencia del recurso incoado por EPEC

Respecto a la segunda cuestión resuelta por el tribunal, se sostuvo un criterio *restringido* respecto al alcance de los derechos en juego por parte de la persona con discapacidad.

Tal como hemos dicho, la regla que se desprende del razonamiento del TSJ sería: el cupo laboral no debe ser considerado como un derecho subjetivo, por lo tanto, no debe adjudicarse de manera directa un puesto de trabajo a una persona con discapacidad.

Veamos: la recurrente argumentó que, ante la falta de reglamentación de la ley 5.624 y siendo que su artículo 1 detalla las dolencias de las personas comprendidas (ciegos, amblíopes, sordos, sordo-mudos, paráliticos, espásticos e inválidos) no incluye la patología que reviste el Sr. D., estas disposiciones son de imposible cumplimiento. De esta manera, no habría arbitrariedad por parte de la demandada hacia el Sr. D. Sin embargo, el TSJ descarta dicho argumento al sostener que la arbitrariedad se concreta desde el momento en que no anunció cuál era el mecanismo para implementar el cupo. Asimismo, el TSJ indica que el Sr. D no cuenta con un derecho subjetivo que obligue a EPEC a incorporarlo a planta permanente de la empresa.

Para justificar ello, el TSJ realiza dos pasos en su argumentación.

El primer paso fue remitir a un fallo de la CSJN, "Recurso de hecho deducido por S. Y. Q. C. por sí y en representación de su hijo menor J. H. Q. C. en la causa Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo," con fecha 12 de abril de 2012, en donde se ha resuelto obligar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires proveer asistencia y vivienda a un menor de edad con discapacidad sobre la base del derecho a la vivienda.

Al referirse a dicho antecedente, el TSJ indica que los derechos constitucionales no cuentan con una operatividad inmediata, tomando un extracto del fallo en cuestión. Sin embargo, no expone todo el argumento que la CSJN ha desplegado en aquella sentencia. Ello, por cuanto, allí el máximo tribunal indica que le corresponde al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo implementar su operatividad cuando recae sobre el Estado una obligación. En este sentido, reconocen que:

En estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama de otros derechos. Por esta razón, esta Corte no desconoce las facultades que la Constitución le asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativo el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado. Es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno (Considerando 11° del voto de la mayoría).

De esos dichos no se deriva que se esté refiriendo a la carencia de un derecho subjetivo en juego y, sobre todo, a que el caso aquí presentado sea análogo al caso de la vivienda. Aquí existe una normativa clara, la ley 5.624, que el propio tribunal reconoce que no requiere de reglamentación para considerar que obliga a EPEC, en dónde el poder legislativo provincial ha decidido operativizar el derecho al trabajo de personas con discapacidad a partir de una acción positiva como lo es el cupo. De esta manera, no es análoga la situación en juego, ya que – tal como se encuentra la normativa sobre cupo laboral en Córdoba – existe un derecho subjetivo, no un interés legítimo.

A su vez, el mencionado fallo de la CSJN continúa y cita a Rawls (1971) en el considerando 12, pareciendo éste el argumento filosófico político de peso para entender a la Ciudad de Buenos Aires como obligada a proveer vivienda. En este sentido, remiten al maximín rawlsiano y ponen sobre la cabeza del Estado la necesidad de redistribuir bienes primarios sociales de manera tal que cada persona cuente con los bienes necesarios para garantizar vida digna. En este caso, a la vez que, en aquel, está en juego el principio de igualdad de oportunidades a partir del acceso al trabajo necesario para garantizar vida digna, todo lo que desconoce el TSJ no concede derecho subjetivo a la actora. Sin embargo, el TSJ considera que su propuesta es acorde a derecho en la medida que la actora podrá presentarse a concurso para cubrir una vacante en el cupo por discapacidad. Esto nos lleva a analizar el segundo paso de razonamiento esbozado.

El segundo paso del razonamiento del tribunal fue remitir al principio de igualdad y sostener que darle un puesto de trabajo al Sr. D por el hecho de haber litigado contra EPEC es atentatorio de dicho principio. En este sentido, alegan que quienes tuvieran más recursos o velocidad para demandar se quedarían con el cupo por discapacidad.

Así, sobre el alcance de “medidas positivas”, textualmente el TSJ consideró:

Precisamente, el telón de fondo de estas iniciativas es el presupuesto de la igual consideración y respeto que merecen todas las personas -sin distinciones- por su sola condición de tales; es decir, por compartir la misma dignidad, urdimbre o textura moral. Es, precisamente, desde este presupuesto desde donde la igualdad se proyecta socialmente como un principio que nunca es neutro, sino propositivo y relacional, que tiende a recortar las distancias que pudiera haber en las condiciones de desarrollo que afectan a ciertos colectivos.

Aquí hacen entrar en juego el principio de igualdad (Art. 16 CN), sosteniendo que debe entenderse acorde a “igualdad entre iguales”, solución aristotélica del principio de igualdad. Ahora bien, a mi modo de ver éste momento del razonamiento deja entrever una lectura moral de la Constitución. Dworkin (1986) propone una lectura de la Constitución basada en principios, sobre la base de reconocer que su intérprete dilucida “la mejor concepción de los conceptos fundamentales de la Constitución” (Gargarella, 2008:133). Interpretar, entonces, la concepción moral que los muestra en su mejor luz, y que encaja en nuestra práctica jurídica. Para explicar dicha propuesta, Dworkin remite al famoso recurso de la novela en cadena. La novela en cadena refiere a una constante narrativa en desarrollo: un ejercicio literario de empresa colectiva a través de la cual un autor o autora escribe el primer capítulo de la obra, pero habrá sucesivos escritores y escritoras. Así, la novela cuenta con nuevos capítulos que deben tener como característica la coherencia en la historia que iniciaron los anteriores. De esta manera, parece necesario que lo anterior se vea como un “todo”, y no sólo se lea el capítulo o cadena inmediatamente anterior. Al descartar que haya solo un autor, el juez o la jueza que debe resolver el caso, y sumar un capítulo a la cadena literaria, no puede sumar arbitrariamente un “criterio” desprendido que no dé cuenta de la historia que se está narrando. Eso significa que debe extraer el argumento de las decisiones tomadas por las y los otros

jueces: la metáfora de la novela en cadena exige que la decisión tomada por el tribunal hoy encaje con las decisiones tomadas con anterioridad por otras instituciones políticas de modo que ponga a la práctica jurídica bajo su mejor luz. Y poner bajo su mejor luz es mostrar que el conjunto de las decisiones tomadas dentro de esa práctica instancias un conjunto íntegro de valores político-morales.

En el caso bajo análisis, y sobre la cuestión puntual respecto a cómo debe interpretarse el principio de igualdad en nuestra concepción constitucional, el TSJ no remite a ningún antecedente. Sin embargo, podríamos suponer que la noción de igualdad entre iguales es aceptada moralmente por la comunidad y la lectura moral que el TSJ realiza sobre la Constitución al referir al artículo 16, continua la novela en cadena. El tribunal sostiene que, en caso de proceder el pedido de la actora y otorgar la designación inmediata, esa solución es inequitativa y discriminatoria respecto a las otras personas con discapacidad que no han demandado a EPEC. Es decir, en nada contribuiría a “*neutralizar las desventajas*” ya que generaría una brecha entre personas con discapacidad. Piensan, entonces, que quienes tienen más recursos o velocidad para demandar se quedarían con el cupo por discapacidad. Pero, ¿es esta una manera razonable de aplicar el principio de igualdad en el caso concreto?

Pensemos: el tribunal entiende que sería injusto otorgarle a Sr. D un cupo por el hecho de haber podido litigar, mientras otras personas con discapacidad no cuentan con recursos o tiempo para hacerlo, lo que generaría un privilegio del Sr. D por sobre el colectivo de personas con discapacidad. Así considera que es necesario obligar a EPEC a reglamentar un mecanismo de selección en cumplimiento del cupo de discapacidad contenido en la ley 5.624, en el plazo de un año desde la sentencia.

Sin embargo:

i. Obligar a EPEC a reglamentar un mecanismo de selección en cumplimiento del cupo de discapacidad contenido en la ley 5.624 sin indicar que tengan en consideración al Sr. D es no advertir que EPEC ha desconocido que el Sr. D está entre las personas nombradas por el Art. 1.

ii. Aun cuando hubieran contemplado que toda persona con discapacidad puede presentarse, incluyendo al Sr. D, lo cierto es que, al momento de condenar en costas por el orden causado, el Sr. D cargará con el costo de beneficiar al colectivo de personas con discapacidad, a través de sus recursos económicos y de tiempo.

Sobre esto último, entonces, me detendré a los efectos de analizar qué alcance se le está otorgando al principio de igualdad en el presente caso y si existe coherencia en el razonamiento del TJS a la hora de argumentar dicho alcance. El principio de “igualdad entre iguales” indica que cuando existen rasgos distintivos y relevantes se requiere aplicar una misma regla a todo dicho universo de casos. Puede, en cambio, aplicarse una diferencia entre “desiguales”. A la hora de abordar el igualitarismo, Alegre (2004:183) sostiene que dichas teorías de filosofía moral y política comparten la creencia en la igualdad moral básica de las personas, por un lado; y la convicción de que dicha igualdad básica requiere una igualación (más o menos radical, según los casos) de las oportunidades, recursos, ventajas, y costos que las instituciones sociales asignan a los individuos, por el otro.

Es decir, podríamos beneficiar al universo de personas con discapacidad respecto de las personas que no cuentan con una discapacidad, justificando una asignación superior de recursos, por ejemplo. Este es el fundamento filosófico moral que tienen las medidas positivas como el cupo laboral.

Entonces, lo que no podríamos hacer sobre la base de la igualdad entre iguales es beneficiar sin justificación a una persona con discapacidad sobre otras personas con discapacidad. Sin embargo, del propio razonamiento del tribunal se puede objetar que no debió interpretar como un “beneficio injustificado” otorgar el puesto de trabajo a Sr. D. Al sostener que EPEC debe implementar un mecanismo de selección, sin garantizar que el Sr. D está en la lista de aspirantes y condenar a “costas por su orden” pone una carga al Sr. D para poder beneficiar a las 160 personas con discapacidad que finalmente ingresarán a EPEC.

El Tribunal ha convertido una acción de amparo individual, iniciada por el Sr. D, en una acción colectiva, abriendo el juego hacia todo el colectivo de personas con discapacidad. Más allá de las objeciones procesales que pueden hacerse en torno a dicha conversión, por ejemplo, quién será el encargado de mandar a ejecutar dicha medida o la imposibilidad de saber si el Sr. D estará o no en la lista de aspirantes a cubrir el cargo, etc., esta conversión hace que el alcance y la suficiencia de un argumento en base al principio de igualdad se debilite.

En este punto, la sentencia es oscura al no tomar ninguna decisión clara al respecto de la situación jurídica del Sr. D. Podría ser, por caso:

a. O bien debía indicar y justificar que el Sr. D no cuenta con un derecho subjetivo de ser nombrado en la planta de EPEC de manera inmediata, mostrando por qué debe interpretarse eso a la luz de la normativa cordobesa vigente. Recordemos que, sobre esto, el TSJ se limitó a decir “el cupo por discapacidad no es privativo de una persona en particular”, sin dar cuenta qué pretendía indicar con dicha afirmación, es decir, si contundentemente estaría negando que el cupo laboral se tratara de un derecho subjetivo inmediato que se traduce en la obligación de contratar a una persona con discapacidad. El TSJ se limitó a traer a colación una sentencia de la CSJN en relación al derecho a vivienda de una persona con discapacidad, caso que considero – como he justificado supra – no es análogo al que aquí discutimos.

b. O bien indica que el Sr. D cuenta con un interés legítimo a ser considerado entre los aspirantes a concursar los 160 cargos faltantes del cupo laboral a personas con discapacidad, cuestión que no ha sido la resuelta, ya que solo se obliga a EPEC a implementar un mecanismo, sin indicar que se tenga al Sr. D como aspirante entre todos los concursantes. Recordemos que, justamente, parte de la defensa de EPEC fue sostener que estrictamente el Sr. D no cuenta con una discapacidad nombrada en la literalidad de la norma, lo que puede significar que quede excluido del llamado efectuado.

Tal como hemos anticipado, de los dichos del TSJ no se deriva con claridad el por qué la carencia de un derecho subjetivo en juego: existe una normativa clara, la ley provincial 5.624, que el propio tribunal reconoce que no requiere de reglamentación para considerar que obliga a EPEC, en donde el poder legislativo provincial ha decidido operativizar el derecho al trabajo de personas con discapacidad. El tribunal no ha optado por desconocer explícitamente el derecho subjetivo del Sr. D, simplemente se ha limitado a hacer una interpretación del alcance y sentido del principio de igualdad y considerar dicha interpretación suficiente para negar el acceso al puesto de trabajo.

Pero, ¿es viable el modo en que el tribunal trajo a su argumentación al principio de igualdad? Reconstruido el razonamiento del TSJ, al ver que no ha desarrollado razones alrededor del genuino conflicto de derecho suscitado, resta indagar cómo el sentido y alcance del principio de igualdad otorgado por el TSJ no ha contribuido a ofrecer una respuesta suficiente respecto al cupo laboral.

Siendo que el propio razonamiento del tribunal ha sostenido, en base al principio de igualdad, que otorgar el puesto de trabajo a Sr. D. sería un “beneficio injustificado”, podemos hacer una serie de objeciones al respecto.

En primer lugar, puede objetarse que la decisión del tribunal es contradictoria, toda vez que condena al pago de las costas del juicio de amparo. ¿Qué entiende el tribunal por beneficio injustificado? Aquí hay una ambigüedad no resuelta ni explicitada en los considerandos del TSJ. Lo cierto es que mencionan que habría un beneficio por contar con los medios necesarios para amparar, referidos a tiempo y dinero.

El resultado del juicio (más allá de consideraciones de tipo procesales acerca de cómo garantizar la ejecución de la sentencia) será la obligación del Sr. D a pagar parte de las cosas, sin siquiera estar garantizado que el Sr. D esté entre las personas consideradas en la selección por la manera en la que se ha expedido el Tribunal en el resuelto. En la mejor lectura posible, el Sr. D termina beneficiando al colectivo de personas con discapacidad, pero perjudicado por no tener la garantía de que su discapacidad será considerada para aspirar como persona con discapacidad a cubrir el cupo. Cabría preguntarse, ¿no se le impone al Sr. D carga injustificada sobre la base de beneficiar al colectivo de personas con discapacidad? En este punto, se desarticula el argumento de que hacerle lugar a su reclamo sería un “beneficio injustificado”.

En segundo lugar, puede objetarse que traer a colación el principio de “igualdad entre iguales” no es atinado en relación a cómo el principio de igualdad se pone en juego en materia de derecho al acceso al trabajo de personas con discapacidad. El quid de la cuestión, la razón a decidir de este conflicto, es el alcance del cupo laboral de personas con discapacidad: su acceso, su operativización, su sustento jurídico en el marco de los derechos de personas con discapacidad según el modelo social plasmado en la CDPD, no la supuesta injusticia que el Sr. D cometería si logra concretar un derecho que nuestro sistema ofrece por el hecho de litigar su cumplimiento por parte de EPEC. El foco ha sido cambiado y, aunque en apariencia este fallo parece benévolo para el colectivo, se ha perdido una oportunidad para esclarecer la discusión en materia de cupo laboral. A continuación, se ofrece una reconstrucción del principio de igualdad en discapacidad y su impacto en el cupo laboral.

5.3. El principio de igualdad en materia de discapacidad.

El propio razonamiento del Tribunal ha remitido al principio de igualdad. Sostuvo que darle un puesto de trabajo al Sr. D por el hecho de haber litigado contra EPEC es atentatorio de dicho principio, ya que, quienes – entre personas con discapacidad - tuvieran más recursos o velocidad para demandar, se quedarían con el cupo por discapacidad. Aparentemente, para el Tribunal, se abriría una brecha entre personas con discapacidad, materializada en aquellos que tienen y aquellos que no. Ahora bien, dicha afirmación, ¿cuenta con sustento?, ¿es la utilización del principio de “igualdad entre iguales” propicia para la discusión sobre cupo laboral?

Rafael de Asis (2004) indica que el principio de igualdad en el derecho trataría de establecer cuándo está justificado crear diferencias normativas y cuándo no. Lo primero para subrayar es que el principio de igualdad es un bastión indudable a la hora de abordar los derechos de personas con discapacidad. Sin embargo, traer a colación el principio de igualdad, tal como lo ha hecho el Tribunal, no parece razonable desde el momento en que se utiliza su tradicional fórmula de “igualdad entre iguales”, citando al art. 16 de la CN, sin dimensionar su alcance en materia de discapacidad.

El art.75 parágrafo 23 de nuestra C.N indica el compromiso por: “Legislar y promover medidas de **acción positiva**¹³ que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”. Aquí el principio de igualdad se propone como principio de igualdad de oportunidades, con una justificación acerca de las acciones positivas, como ser el cupo laboral.

Tal como hemos dicho anteriormente, el TSJ consideró: “Es, precisamente, desde este presupuesto desde donde la igualdad se proyecta socialmente como un principio que nunca es neutro, sino propositivo y relacional, que tiende a recortar las distancias que pudiera haber en las condiciones de desarrollo que **afectan a ciertos colectivos**”. Ciertamente, el análisis que aquí estaba en juego era cómo se afecta a ciertos colectivos, en este caso personas con discapacidad, y en qué medidas las acciones positivas pueden contribuir a que dicha afectación disminuya.

El trabajo está reconocido como un derecho de las personas con discapacidad en el artículo 27 de la CDPD, poniendo en cabeza del Estado la obligación de reconocer: “el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad”. Asimismo, el inciso g) de ese mismo artículo indica que el Estado debe tomar las medidas pertinentes para: “Emplear a personas con discapacidad en el sector público”.

El principio de igualdad ha estado presente en el marco integro de la CDPC y es, asimismo, el principio que se proyecta sobre toda obligación del Estado a la hora de valorar positivamente lo que la diferencia por motivos de discapacidad o diversidad funcional implican para personas con discapacidad. Tal como indica Palacios (2008):

Apelar a la igualdad no equivale a decir que no existan diferencias entre las personas, sino más bien que una sociedad que respeta auténticamente el principio de igualdad, es aquella que adopta un criterio inclusivo respecto de las diferencias humanas, y las tiene en cuenta en forma positiva. Y aquí se sitúa el núcleo del problema. Para hacer ello —para tomar suficientemente en cuenta y valorar positivamente la diferencia que implica la discapacidad, se requieren acciones y no meramente abstenciones. Al hablar de acciones nos adentramos en dos propuestas que nacen desde el principio de igualdad: las políticas de la diferencia y las políticas distributivas. Es decir, lo que se requiere en el campo de la discapacidad son dos cosas; en primer lugar que la diferencia que implica la discapacidad no sea usada negativamente —y para ello es necesario el reconocimiento de la diferencia que dicha condición implica—; y en segundo lugar, se requieren medidas y acciones tendentes a compensar de algún modo la desigual distribución de los recursos, como consecuencia de dicha diferencia. (Palacios, 2008: 168)

En materia de discapacidad, la igualdad está posada sobre dos dimensiones: la primera, la inexistencia de un uso negativo de la diferencia que la discapacidad implica en relación a personas que no cuentan con discapacidad; la segunda, la necesidad de imponer acciones positivas concretas que eliminen la desigualdad ocasionada por la valoración negativa que históricamente se ha atribuido a personas con discapacidad. Ambas caras de una misma moneda: no hay posibilidad de pensar en igualdad sin abordar la discusión

¹³ El resaltado me pertenece.

tanto en esferas del reconocimiento a la discapacidad como de distribución de bienes materiales para el acceso a una vida digna.

Ahora bien, este caso era una gran oportunidad para abocarse a dar razones filosófico jurídicas alrededor de las acciones positivas en materia de discapacidad. Era una oportunidad para acreditar si el cupo es en sí mismo un derecho subjetivo que obliga a dar un empleo público a toda persona con discapacidad o es, simplemente, un interés legítimo que tiene toda persona con discapacidad de ser considerada a través de un mecanismo de selección para un puesto de empleo público. Era, a mi modo de entender, un momento para dar cuenta de la operatividad de la ley provincial y comprenderla arraigada a la concepción moral que encaja en nuestra práctica jurídica. Sin embargo, esa oportunidad se ha desperdiciado.

6. Conclusión: hacia el cumplimiento del cupo laboral de personas con discapacidad.

La necesidad de la inclusión de políticas públicas laborales como las que recién discutí radica – principalmente- en el intento de insertar en el mundo laboral a las personas con discapacidad. Ello con el fin de evitar que dichas personas queden excluidas de la lógica laboral del sistema capitalista. Al tender éste a “valorar” al ser humano en razón de su utilidad, podemos imaginar la posibilidad de que ciertas personas no accedan a una vida digna (en este caso, pensando en la posibilidad de un acceso al trabajo). Esa tendencia que comete el capitalismo de “valorar” a las personas en general, repercute – de manera agravada- en las posibilidades laborales de las personas con discapacidad. En palabras de Palacios (2008:157): “Si nuestra utilidad es disminuida o limitada (o mejor dicho, percibida como disminuida, reducida) entonces nuestro valor como seres humanos también tiende a disminuir”. El cupo por discapacidad se justificaría toda vez que el principio de igualdad exige reconocer la existencia de un trato desigualitario en razón de ciertas diferencias o diversidad funcional. Las personas con discapacidad son apreciadas como improductivas y, por tanto, no son contratadas laboralmente. El cupo obliga al Estado a hacerlo e incentiva al empleador privado.

Por tanto, con políticas legislativas como ésta se pone en cabeza del Estado una obligación de contratar a personas con discapacidad. Ello nos lleva a asumir la directa responsabilidad que tiene que asumir el Estado y, como vemos, la legislación citada pretende instaurar un marco protectorio de los derechos laborales de personas con discapacidad.

Así, toda vez que el modelo social de la discapacidad tiene como rasgo conceptualmente relevante y distintivo hacer foco en las deficiencias en la salud que la discapacidad acarrea en combinación con una especial interacción entre estas y la sociedad en la cual la persona se desarrolla, el Estado se obliga a eliminar las barreras condicionantes del entorno y es, el cupo laboral, una herramienta de acceso al empleo de personas con discapacidad.

De todas maneras, nuestros magistrados terminan por dirimir conflictos respecto a dicha protección, como es el caso bajo análisis, en donde se esbozan razonamientos poco satisfactorios respecto a derechos de personas con discapacidad. Aquí he dejado dicho cómo, bajo una argumentación de corte moral de nuestra constitución, el TSJ ha dado una interpretación del principio de igualdad en base a su fórmula “igualdad entre iguales” que deja al Sr. D soportando las cargas – tales como costas y haber transitado el juicio-, sin haberle garantizado ser incluido en el mecanismo de implementación del cupo de discapacidad que EPEC tendrá que cumplir desde esta sentencia. Mereció, entonces, nuestra atención el razonamiento del TSJ a la hora de dotar de sentido al principio de

igualdad y perder la oportunidad para expedirse acerca de la operatividad (derecho subjetivo/interés legítimo) con la que goza el cupo laboral por discapacidad en la Provincia de Córdoba.